

Juzgado de primera instancia número 16 de Sevilla

C/Vermondo Resta s/n. Edificio Viapol Portal B Planta 4º

Fax: 955043096. Tel.: 955043093-4-5

N.I.G.: 4109142C20140011611

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 366/2014. Negociado: XE

De: [REDACTED]

Procurador/a: Sr/a. MARCELO LOZANO SANCHEZ

Contra: BANKIA SA

Procurador/a: Sr/a. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

SENTENCIA Nº 67/15

En la ciudad de Sevilla a 25 de marzo de 2015

Vistos por DOÑA ISABEL MARÍA NICASIO JARAMILLO, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Número DIECISÉIS de los de Sevilla, en Juicio Oral y Público, los autos del JUICIO ORDINARIO Nº 366/14 de los de este Juzgado, sobre NULIDAD DE PARTICIPACIONES PREFERENTES Y OBLIGACIONES SUBORDINADAS, habiendo sido partes de un lado [REDACTED]

[REDACTED] todos representados por el Procurador de los Tribunales DON MARCELO LOZANO SÁNCHEZ y bajo la dirección letrada de DON JAVIER GIRÁLDEZ CALZADO y de otro la entidad BANKIA S.A. representada por el Procurador de los Tribunales DON ROCARDLO DE LA SANTA MÁRQUEZ y bajo la dirección letrada de DOÑA MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Marcelo Lozano Sánchez, actuando en el nombre y la representación de [REDACTED], se formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad Bankia S.A., que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la cual, tras citar los hechos y los fundamentos de su pretensión, interesaba el dictado de una sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad, o en su caso anulabilidad, de todos los contratos de depósito/administración de valores y sus órdenes de compra emitidos por Bankia S.A. (Caja Madrid) y suscritos por la actora por concurrencia de error en el consentimiento sobre:

.Participaciones preferentes de fecha 5 de mayo de 2006 y 29 de mayo de 2009.

.Obligaciones subordinadas de fecha 25 de enero de 2010.

.Órdenes de recompra/canje en acciones de Bankia S.A. subsiguientes.

2.- Se restituya la propiedad de las acciones canjeadas a Bankia S.A. o a la entidad que esta designe.

3.- Se condene a Bankia S.A. a restituir a la actora la suma de CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS EUROS (131.800 euros) más los intereses legales desde la fecha de la contratación hasta la efectiva restitución, compensado con el importe de las retribuciones devengadas y cobradas por la actora que se determinarán en ejecución de sentencia.

4.- Se condene a Bankia o a la entidad que se haya subrogado en sus derechos y obligaciones, al pago de las costas judiciales.

Acompañaba a la demanda los documentos en que fundaba su derecho.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se mandó sustanciar la misma por las normas del juicio ordinario y, emplazar a la parte demandada para que, en el plazo legal, se personara en los autos y contestara a la demanda, lo que verificó, oponiéndose a la misma e interesando su desestimación, siendo las partes convocadas al acto de la Audiencia Previa.

TERCERO.- La Audiencia Previa se celebró en la fecha y hora señalados con asistencia de las partes que se ratificaron en sus posiciones, fijaron los hechos controvertidos e interesaron el recibimiento a prueba, proponiendo como pruebas documental y testifical, que fueron admitidas conforme consta documentado en los autos, señalándose la fecha del pertinente juicio.

CUARTO.- El juicio se celebró en la fecha y hora señalados, renunciando la parte demandante a la práctica de la prueba testifical propuesta a su instancia, siendo por tanto la única prueba practicada la documental aportada, por lo que los autos fueron declarados sin más trámites, conclusos para sentencia.

QUINTO.- Han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ha ejercitado en los autos acción de nulidad por vicio de consentimiento al existir error en el objeto de los contratos, que se refiere a los siguientes contratos: en primer lugar contrato de fecha 29 de mayo de 2009 suscrito entre la demandada y los demandantes [REDACTED] de depósito o administración de valores, así como la orden de suscripción de dicha fecha de participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid por un importe nominal de 15.000 euros; órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por [REDACTED] por valor nominal de 5000 euros y fecha 5 de mayo de 2006; órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por [REDACTED] por valor nominal de 2.400 euros y fecha 5 de mayo de 2006; órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por [REDACTED] por valor nominal de 2.400 euros y fecha 5 de mayo de 2006; órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por [REDACTED]

[REDACTED] por valor nominal de 2.000 euros y fecha 5 de mayo de 2006; contrato de depósito o administración de valores de fecha 25 de enero de 2010 suscrito entre la demandada y [REDACTED] [REDACTED] orden de suscripción de obligaciones subordinadas de Caja Madrid de fecha 7 de junio de 2010 por importe de 105.000 euros, suscritas por [REDACTED] [REDACTED]

Sostiene la demandante que la suscripción de todos y cada uno de dichos contratos se debió a engaño por la entidad demandada, quien promovió la contratación haciendo creer a los demandantes que se trataba de productos sin riesgos donde invertir su capital, y que con una deficiente información indujo al error en el objeto de dichos productos, causa de la contratación. Invoca la normativa protectora de consumidores y usuarios y las especiales obligaciones de información que asume la demandada por la naturaleza compleja del producto y por el desequilibrio en la contratación respecto del conocimiento de dichos productos.

De forma subordinada a la nulidad instada ha solicitado la nulidad de las acciones de Bankia por las cuales fueron canjeadas de forma obligatoria las mencionadas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

La entidad demandada, en primer lugar, excepciona la caducidad de la acción. Sostiene que en la demanda no se interesa una nulidad radical por ausencia de consentimiento o por contravención de norma imperativa del artículo 6 del Código Civil, sino de anulabilidad por error en el consentimiento, sujeta por tanto al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil. Entiende la parte demandada que la consumación del contrato coincide con la fecha de suscripción del mismo, esto es, con las distintas órdenes de suscripción de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas, por cuanto de otra forma no caducaría nunca la acción de nulidad contractual.

No puede ser equiparado el término consumación del contrato con el de perfección del mismo, por cuanto tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas que analizamos son contratos de tracto sucesivo, y generan obligaciones durante toda su duración, en el caso de las participaciones preferentes, vencimiento perpetuo y en caso de las obligaciones subordinadas hasta su vencimiento pactado el 7 de junio de 2020. Por ello no es descabellado sostener como indica la demandante que el plazo de caducidad deba comenzar a computarse, artículo 1969 del Código Civil, desde que tuvo conocimiento la demandante del error al ser informado por la propia entidad bancaria de la irreuperabilidad del dinero. El documento 19 de la demanda que no ha sido impugnado por la parte demandada, fechado en septiembre de 2013, permite entender que desde la fecha consignada en el mismo de 14 de abril de 2013, adquiere el conocimiento del error padecido, y comenzará el plazo de caducidad de la acción. No puede exigirse a la parte actora una prueba superior de dicha fecha, por cuanto partiendo la propia acción del desconocimiento o error del producto, no es hasta la constatación del mismo cuando puede ejercitarse la demanda. Dicha fecha se corresponde con la del ofrecimiento del canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, hecho y fecha tampoco negados por la parte demandada y que además tiene su reflejo en el documento 15 de los aportados con la

contestación a la demanda, en que la fecha de canje por acciones de Bankia se indica que es el 23 de mayo de 2013.

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 12 de enero de 2015 analiza la excepción de caducidad hoy debatida en estos autos, a la luz del artículo 3 del Código Civil, y de la distinta concepción del contrato que evidencia el artículo 1301 del Código Civil, en el momento en que es promulgado el Código Civil, y las características de los complejos contratos bancarios, en especial el de suscripción de participaciones preferentes que analiza. Dice la Sala que «Al interpretar hoy el **art. 1301 del Código Civil** en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el **art. 3 del Código Civil**.

La redacción original del **artículo 1301 del Código Civil**, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el **art. 1301 del Código Civil** fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la

acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”

Por lo expuesto la excepción ha de ser desestimada en su integridad.

SEGUNDO.- La acción principal se basa en el error en el consentimiento prestado por la demandante en la adquisición de las participaciones preferentes. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012, resume los requisitos del error como vicio del consentimiento para que sea invalidante del prestado. Dice la sentencia en su fundamento de derecho cuarto:

“Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -;**Error! Marcador no definido.**sentencias 114/1985, de 18 de febrero ,;**Error! Marcador no definido.**295/1994, de 29 de marzo ,;**Error! Marcador no definido.**756/1996, de 28 de septiembre ,;**Error! Marcador no definido.**434/1997, de 21 de mayo ,;**Error! Marcador no definido.**695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - " pacta sunt servanda " - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos -;**Error! Marcador no definido.**sentencia de 15 de febrero de 1977.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -;**Error! Marcador no definido.**sentencias de, 4 de enero de 1982 ,;**Error! Marcador no definido.**295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato -;**Error! Marcador no definido.**artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos **-¡Error! Marcador no definido.**sentencias de 8 de enero de 1962 **¡Error! Marcador no definido.**29 de diciembre de 1978 y **¡Error! Marcador no definido.**21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia **-¡Error! Marcador no definido.**sentencias de 4 de enero de 1982 **¡Error! Marcador no definido.**756/1996, de 28 de septiembre **¡Error! Marcador no definido.**726/2000, de 17 de julio **¡Error! Marcador no definido.**315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.”

En los contratos objeto de los presentes autos concurren dos elementos que han de informar la valoración del error denunciado: en primer lugar la propia naturaleza dichos contratos cuya nulidad se insta, un contrato de carácter financiero, donde se incluyen especiales obligaciones derivadas de la lealtad de la entidad financiera y de la información dispensada al adquirente del producto.

Las participaciones preferentes son un producto financiero complejo es algo que viene reconocido por la propia CNMV. La característica que incide más en su complejidad es su carácter perpetuo que afectará a la rentabilidad y a la liquidez del producto. Al tratarse de

activos propios de la entidad emitente, la recuperación del capital invertido se realiza a través de la venta de las participaciones en un mercado secundario, por lo que no se garantiza la devolución de la inversión, y se condiciona la misma a circunstancias que son muy difíciles de conocer y valorar por un cliente minorista. La Sección 3 de la Sala de lo Penal de la AP en su auto de fecha 28 de julio de 2014 /rec 116/2014) entiende que “Las participaciones preferentes son un producto financiero que dada su estructura y características presenta unos valores de riesgo y complejidad superiores a la deuda subordinada aunque esta también tenga la consideración de producto complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido, pero tiene un hándicap muy considerable que es la perpetuidad, ya que las salvedades de esa perpetuidad depende de factures ajenos al adquirente, y ello hace que en principio el emisor no tenga la obligación de reembolsar su principal (no es ningún depósito)”.

Por su parte las obligaciones subordinadas como explica la sentencia de la Sección 7 de la AP de Asturias de 9 de junio de 2014 constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de la prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8 a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una

segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurren tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación ».

La razón de ser de la especial normativa sobre la información exigible a las entidades financieras, fuertemente inspirada por la conocida Directiva comunitaria MiFid, 2004/39/CE, se fundamenta en la complejidad del mercado y el distinto acceso a la información de los operadores financieros y entidades de inversión o de gestión de cartera, respecto de los adquirentes o contratantes de los servicios, en tanto sean minoristas en la calificación contenida en la actual Ley del Mercado de Valores.

En segundo lugar, no debemos olvidar que los demandantes, y así se reconoce por la parte demandada, tienen la condición de consumidores, y se hallan amparados por el Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. Esta condición que no se discute por la parte demandada, deriva del propio objeto del negocio discutido, no destinado a actividad empresarial o profesional de los demandantes. El Decreto 1/2007 como trasposición de la Directiva 93/13/CEE, debe ser interpretado a la luz de la muy abundante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que parte, en la negociación, de la diversa posición del profesional y el consumidor en los contratos de adhesión, desequilibrio que debe ser compensado conforme a las exigencias de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones entre las partes. La legislación protectora de los consumidores vuelve a incidir sobre la especial trascendencia de la información suministrada al consumidor.

TERCERO.- La Ley de Mercados de Valores, en su redacción vigente, dada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, en la materia que analizamos, contiene una importante regulación de las obligaciones que ha de cumplir la entidad que preste el servicio de inversión y/o asesoramiento en relación con los clientes de las mismas y los productos sobre los que se realice la contratación. Introduce la regulación el artículo 78 que establece la obligación de respetar por las entidades que presten servicios de inversión las normas de conducta a que nos referiremos seguidamente, consignadas en el mismo capítulo de la ley.

El artículo siguiente, 78 bis contiene la conocida distinción de los clientes entre profesionales y minoristas. Los primeros son aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimiento y calificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y siempre los establecidos en el número 3 letras a) a d). Consciente la ley de las consecuencias de la distinción que realiza en su letra e) prevé la posibilidad de que tenga la cualidad de profesional el cliente que renuncie de forma expresa a ser tratado como minorista, aun cuando nunca se presume la experiencia de los enumerados con anterioridad. En estos casos somete a la renuncia a la previa comprobación de una serie de requisitos. Todos los demás clientes son minoristas, condición que no se ha

negado tuvieran el demandante y su esposa.

Entre estas obligaciones el artículo 79 de la Ley establece la de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando sus intereses como si fueran propios. Tener en todo momento informado a los clientes, y que dicha información sea imparcial, clara y no engañosa.

Pero además esta información deberá ser comprensible y adecuada, en relación con el instrumento financiero y las estrategias de inversión, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y por ello tomar la decisión sobre la inversión con conocimiento de causa. Se exige que la información referente a los instrumentos financieros incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. Y en concreto en el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue debe incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez.

No sólo se exigen de la entidad de inversión requisitos de información, sino los discutidos test de conveniencia y test de idoneidad. El primero de ellos se refiere a la actuación en materia distinta del asesoramiento financiero, y requiere que la entidad reciba del cliente información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio ofrecido o solicitado, para evaluar si el producto es o no adecuado, y en caso de no serlo, o ser la información insuficiente, advertirlo al cliente. La obligación se extrema en el caso de instrumentos complejos, definidos asimismo en la norma, exigiéndose una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha podido evaluarle en los términos de este artículo.

Si el servicio es de asesoramiento, se incluye el plus del test de idoneidad, que versará sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trata, la situación financiera y los objetivos de inversión, con la finalidad de recomendarle uno u otro producto.

Se comprende que la extensa y prolija regulación legal, trasposición de normativa comunitaria como se ha dicho, considera esencial la información del producto y la evaluación de la capacidad del cliente para su comprensión, con independencia de las concretas consecuencias que pudieran derivarse desde otro ámbito distinto del presente, del incumplimiento de la normativa expuesta. Ello se justifica por la complejidad del mercado financiero, y por el distinto acceso a la información de una y otra parte contratante y a su propia comprensión, por lo que el examen del cumplimiento de las obligaciones de información al cliente afectará claramente a la realidad de la comprensión del producto, y de la prestación del consentimiento, y en definitiva, del examen del error objeto de este procedimiento.

Así lo explica la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014,

referida a la comercialización de un producto diferente, un swap, sin la realización de los test sobre el cliente que la sentencia consideraba necesarios. Dice la Sala: “El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.”

La mencionada sentencia anuda asimismo la infracción del deber de información a la excusabilidad del error “Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error , pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error , le es excusable al cliente.”

La reiterada doctrina se refleja en otras resoluciones posteriores, resumiéndola la sentencia de 8 de julio de 2014, también de la Sala Primera:

“1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.

4 . El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de

forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

5 . En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.”

CUARTO.- Niega la demandada que haya actuado en los autos mediante una actividad de asesoramiento de la parte actora, sino únicamente en el ámbito del servicio de inversión prestado, lo cual supone que sólo sería exigible el llamado test de conveniencia para valorar la adecuación del producto al cliente y que se ha acreditado en los autos, junto con la información de los productos concertados en atención al contenido del documentos 7 a 12 de la contestación a la demanda.

El documento 7 de la contestación es el test de conveniencia para la adquisición de participaciones preferentes efectuado a [REDACTED] en fecha 28 de mayo de 2009; el documento 8 un resumen de la información sobre participaciones preferentes fechado en mayo de 2009 a cuyo pie obra una firma que parece coincidente con la del citado demandante; los documentos 9 y 10 también fechados en mayo de 2009, son sendos documentos de información concreta de los riesgos de las operaciones preferentes referidos a [REDACTED], aun cuando la firma de ambos documentos es la misma; el documento 11 es el test de conveniencia referido a Don [REDACTED] respecto de la deuda subordinada; y por último el documento 12 es un documento que parece contener alguna información sobre dicha deuda, pero que resulta ilegible en la copia aportada a estos autos en su integridad.

Por tanto ninguna prueba de que se hubiere suministrado información alguna o se hubiere realizado test de conveniencia o idoneidad a ninguno de los demandantes en relación a las órdenes de adquisición de participaciones preferentes del año 2006 existe. Nada se prueba del cumplimiento por la parte demandada de las obligaciones de información que adquiriría respecto de dichos productos, que eran exigibles por la aplicación directa de la Directiva Midif, ante el incumplimiento del plazo de trasposición de la misma.

En segundo lugar, ningún test de conveniencia, o información consta realizado respecto de la demandante Doña [REDACTED], pese a que la misma suscribe junto con Don [REDACTED] la orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 29 de mayo de 2009.

Por último, no consta firma propia por Doña [REDACTED] de ninguno de dichos documentos, cuando sí consta en los respectivos contratos. Esto es, si no actuó representada

por persona alguna, ni siquiera por su hijo, en la firma de los contratos indicados, no existe razón ni ello se explica de por qué no se le realizó a la misma el test de conveniencia, por qué no se le informó directamente de los riesgos, ni asumió la responsabilidad derivada de dicha información.

A mayor abundamiento, y aun cuando no se ha alegado falta de capacidad de Doña [REDACTED] [REDACTED] como causa de la nulidad indicada, se ha aportado en el acto de la Audiencia Previa prescripción médica a la misma fechada el 11 de junio de 2008, por sufrir demencia Alzheimer en grado moderado. Ello no pudo haber pasado desapercibido por la entidad demandada y probablemente justifique la falta de firma por la misma de dichos documentos, y sin duda, el conocimiento real del objeto del contrato que suscribía.

En relación a las obligaciones subordinadas, sólo se ha justificado el test de conveniencia a Don [REDACTED] [REDACTED] por cuanto como se ha dicho, el documento 12 es ilegible en cuanto a su contenido y en cuanto a la firma que se contiene en el mismo.

El artículo 60 del Decreto 1/2007 de 16 de noviembre, que regula el texto refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, establece el marco genérico de la obligación a suministrar a los consumidores con carácter previo a la celebración del contrato. Dispone el precepto que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. No puede procederse al traslado de la prueba sobre el cumplimiento de este deber a la parte actora por la mera suscripción de un documento de asunción de riesgos a uno de los demandantes.

Por todo lo indicado, la demandada no ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones de información exigidas en atención a la complejidad de los productos que concertaron los demandantes.

QUINTO.- Igualmente debemos afirmar que la actuación de la hoy demandada no se limitó a prestar un servicio de inversión, del que fuera predicable únicamente el llamado test de conveniencia, sino que ofertó y dirigió la inversión de los actores, convirtiéndose en un servicio de asesoramiento, y debía haber realizado el llamado test de idoneidad de la parte actora.

La ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014 resume los requisitos jurisprudenciales, nuevamente en relación al producto de la permuta de intereses o swap, para considerar la actuación de la entidad bancaria como servicio de asesoramiento en lugar de mero servicio de inversión: “Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 , S.L. (C-604/2011),

conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008 .”

La sentencia de la AP de Lérida de 23 de julio de 2014, ya citada, con cita de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, en supuesto idéntico al presente, entiende que nos encontramos ante una actuación de asesoramiento y no mera inversión: “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013 , la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

Concluye el TS en el caso que analiza que: "no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas."

Incide en esta distinción la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 ahonda en los niveles de exigencia de dicha obligación de información: "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores."

En primer lugar las participaciones preferentes y la deuda subordinada se alejan del tipo de productos financieros que los actores venían contratando, en su totalidad productos conservadores y de rentabilidad fija. En segundo lugar, en relación con la adquisición de participaciones preferentes en el año 2009, consta del documento 23 de la demanda, como indica la demandante, que el dinero proviene de un rescate de un seguro de fecha 23 de junio de 2009, en tanto la fecha de valor de la operación que se contiene en el documento 20 de la demanda, pese a estar suscrita la orden de compra en el mes de mayo, es el 7 de julio de 2009. Por su parte, y en relación a las obligaciones subordinadas, conforme a los documentos 33 y 34 resulta en efecto que la cantidad de 105.000 euros fue traspasada en menos de un mes de un depósito a plazo para la adquisición de las obligaciones subordinadas. De ello puede seriamente inferirse que existió una labor de recomendación de la adquisición de los productos, claramente evidenciada en el caso de las obligaciones subordinadas por el cambio en sólo un mes del tipo de producto de inversión.

Sobre el cumplimiento de las obligaciones de información que competían a la demandada.

Como ha quedado expuesto, la realización por la demandada de servicios de asesoramiento financiero a la demandante exigía la cumplimentación del llamado test de idoneidad, que junto con la evaluación del conocimiento y comprensión por la demandante de las características del producto, obligaba a la demandada a asegurarse de la adecuación del mismo al perfil inversor del cliente, mediante el test de idoneidad y si conocía y entendía las condiciones de perpetuidad y de falta de liquidez del producto. De ello, como establece el Alto Tribunal, debe presumirse en efecto, el error en el consentimiento denunciado.

Por todo lo expuesto, ha de acogerse que la quiebra del deber de información en los términos legalmente exigidos por la demandada generó en la actora el vicio de consentimiento denunciado, produciendo error que era en dicho momento excusable, lo que acarrea, de conformidad con el contenido 1301 del Código Civil, la nulidad los contratos indicados, y consiguientemente, del contrato de canje de dichas participaciones por acciones de la entidad Bankia, con el efecto reclamado de devolución recíproca de las prestaciones entregadas por cada uno de los contratantes.

SEXTO.- Las costas han de ser impuestas a la parte demandada, conforme al contenido del artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y los de general y pertinente aplicación

FALLO

Debo estimar y estimo en su integridad la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Marcelo Lozano Sánchez, actuando en el nombre y la representación de Doña [REDACTED] Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad Bankia S.A., y en consecuencia:

PRIMERO.- Debo declarar y declaro la nulidad del contrato de fecha 29 de mayo de 2009 suscrito entre la demandada y los demandantes Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] [REDACTED] de depósito o administración de valores, así como la orden de suscripción de dicha fecha de participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid por un importe nominal de 15.000 euros;

De las órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por [REDACTED] y [REDACTED] por valor nominal de 5000 euros y fecha 5 de mayo de 2006;

De las órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] por valor nominal de 2.400 euros y fecha 5 de mayo de 2006;

De las órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] por valor nominal de 2.400 euros y fecha 5 de mayo de 2006;

De las órdenes de suscripción de participaciones preferentes de la citada entidad emitidas por Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] por valor nominal de 2.000 euros y fecha 5 de mayo de 2006;

Del contrato de depósito o administración de valores de fecha 25 de enero de 2010 suscrito entre la demandada y Don [REDACTED] y Doña [REDACTED]

De la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de Caja Madrid de fecha 7 de junio de 2010 por importe de 105.000 euros, suscritas por Don [REDACTED] y Doña [REDACTED].

Igualmente debo declarar y declaro la nulidad del canje de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas indicadas por acciones de la entidad Bankia S.A.

SEGUNDO.- Debo condenar y condeno a la entidad Bankia S.A. a restituir a la actora la suma de CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS EUROS (131.800 euros) más los intereses legales desde la fecha de la contratación hasta la efectiva restitución, debiendo la parte actora proceder a su vez a la restitución de todas las retribuciones percibidas por los productos mencionados, junto con el interés legal sobre dichas cantidades desde la fecha de esta sentencia.

Asimismo procede la restitución de la propiedad de las acciones canjeadas a Bankia S.A. o a la entidad que esta designe.

TERCERO.- Debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes con la prevención de que la misma no es firme, pudiendo interponerse contra ella recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Sevilla, que deberá interponerse ante este mismo Juzgado en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes al de su notificación, debiendo exponerse por el apelante las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

De conformidad con el contenido de la disposición decimoquinta de la LOPJ en su redacción dada por LO 1/09 de noviembre para interponer el recurso ordinario de apelación contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, deberá consignarse como depósito la cantidad de CINCUENTA EUROS (50 euros), debiendo consignarse en la cuenta de consignaciones de este juzgado al tiempo de interponer el recurso, bajo apercibimiento de inadmisión del mismo.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.